

LES MOYENS DE SAUVER LE CONTRAT ET LE HARDSHIP DANS LA CONVENTION DE VIENNE : UNE APPROCHE AVEC LES DROITS D'AMÉRIQUE LATINE*

Francisco Augusto PIGNATTA**

La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) prévoit plusieurs moyens de préserver le contrat : le *Nachfrist*, l'exécution en nature, la réduction du prix et la suspension du contrat. Il faut rajouter à ces quatre moyens, la possibilité du *Hardship*, construction doctrinale avec un certain écho dans la jurisprudence. Le droit des pays de l'Amérique Latine contient également certains moyens qui facilitent le maintien du lien contractuel, mais d'une façon plus timide. La mise en œuvre de la CVIM aux pays de l'Amérique Latine peut avoir l'effet salutaire d'influencer les droits nationaux pour une prise de conscience en faveur du maintien du contrat, puisqu'il est bien souvent moins onéreux pour les parties de continuer l'exécution du contrat plutôt que de rompre le lien contractuel.

The U.N. Convention on International Sale of Goods (CISG) provides several remedies of avoidance of contract: Nachfrist, specific performance, price reduction and suspension of the contract itself. Also, we could consider the possibility of adding the option of Hardship, a doctrinal construction with certain echoes in the jurisprudence. Certain laws of Latin-American countries contain as well tools which facilitate the non-breach of the contractual relationship, although in a more cautious form. Implementation of the CISG in South-American countries can have the salutary effect of influencing national laws in favor of a more acute awareness of preservation of

* Je tiens à remercier Jean-Marc Bruguière pour les opinions et les suggestions apportées à cet article.

Notre analyse du droit des pays de l'Amérique Latine sera faite sur la base des « Principes du droit de l'Amérique Latine », élaborés par un groupe d'universitaires (v. A. M. MORALES MORENO, « *Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación* », *ADC*, t. LXVII, 2014, fasc. I, p. 227). Seul le droit brésilien est spécifiquement mentionné.

** Docteur en droit. Avocat. Professeur invité Université Catholique de Porto Alegre (Brésil).

contracts, since it is often less expensive to continue the performance of the contract rather than breach the contractual relationship.

La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale (CVIM en français et CISG en anglais) a consacré une politique générale en faveur de la préservation du contrat de vente. Le fondement de ce choix est essentiellement économique. Il vise à garantir la sécurité juridique et l'utilité économique du contrat. Le juge, devant un contrat de vente internationale, doit s'interroger sur les coûts économiques de l'exécution en nature avant de décider entre la réparation du dommage ou le retour des marchandises chez le vendeur.

Si on analyse les droits des pays de l'Amérique Latine, il est utile de préciser que le champ d'application des droits nationaux n'ayant pas la même portée que celui de la CVIM, il est compréhensible que des différences puissent exister. Cependant, la mise en œuvre de la Convention de Vienne depuis 2014 au Brésil, et depuis quelques années¹ dans d'autres pays de l'Amérique Latine, peut avoir comme effet salutaire la prise en compte de ces moyens par le juge et par le praticien. En ce qui concerne les droits nationaux, le système juridique brésilien, bien qu'il n'ait pas prévu expressément le principe de la préservation du contrat, contient certains moyens qui facilitent le maintien du lien contractuel. Les systèmes juridiques latino-américains suivent cette même spécificité : des règles permettent le maintien du contrat en cas d'exécution imparfaite, mais aucun énoncé ne consacre ce principe².

La vocation internationale des règles de la CVIM justifie l'adoption de la politique générale de maintien du contrat. Dans le commerce international, il est bien souvent moins onéreux aux parties de continuer l'exécution du contrat plutôt que de rompre le lien contractuel. Et cela est particulièrement vrai quand une des parties a déjà exécuté ou a commencé à exécuter ses obligations, même de façon encore imparfaite. On peut prendre comme exemple le vendeur qui a déjà livré des marchandises alors que celles-ci sont défectueuses. S'il y a résolution, l'acheteur doit retourner les marchandises au vendeur ou l'acheteur doit les vendre à des tiers, ce qui est

¹ Le Paraguay depuis février 2007 ; le Chili depuis mars 1991 ; la Colombie depuis août 2002 ; l'Argentine depuis janvier 1998 ; le Mexique depuis janvier 1989, le Salvador depuis décembre 2007 ; Cuba depuis décembre 1995 ; l'Équateur depuis février 1993 ; le Pérou depuis avril 2000 ; la République Dominicaine depuis juillet 2011 ; l'Uruguay depuis février 2000 ; en Guyane depuis octobre 2015. Le Venezuela a signé la Convention en 1981, mais il ne l'a pas encore ratifiée.

² Le projet sur les principes du droit latino-américain du contrat a été publié suite à une Journée dédiée au droit des contrats en Amérique Latine en 2013 (*Santiago de Chile y Valparaíso 19 et 20/11/2013, « El derecho de los contratos: Formación, cumplimiento e incumplimiento »*). Sur ce projet, v. A. M. MORALES MORENO, art. cit., p. 227.

toujours source de pertes économiques. C'est également pour cette raison que la CVIM permet, par exemple, la possibilité de réduire le prix (art. 50), d'accorder un temps supplémentaire pour l'exécution (art. 47 et 63) ou encore de suspendre le contrat (art. 71). L'objectif de ces règles est d'éviter qu'un simple accident de parcours fasse que les parties rompent le lien contractuel. L'idée générale est de maintenir la vie d'un contrat qui est encore socialement et économiquement utile³. Dans ce même esprit, la Convention prévoit également qu'en cas d'exécution partielle, il ne suffit pas que le créancier invoque une contravention essentielle au contrat pour pouvoir le résoudre ; il doit le faire dans une période raisonnable. Ces conditions essayent de limiter les situations qui permettent la résolution du contrat.

Cependant, pendant les travaux préparatoires de la Convention, il n'a pas été facile d'arriver à un point d'équilibre entre deux positions divergentes : celle issue des systèmes de la *Common Law* et celle issue des systèmes de la *Civil Law*. Dans la tradition de la *Civil Law*, l'exécution en nature est la sanction naturelle de toute inexécution. Le système de la *Common Law* a quant à lui une préférence pour l'allocation de dommages-intérêts ou pour la résolution ; ce n'est que seulement si ces dernières sont inappropriées, que l'exécution en nature devient le dernier remède⁴. Devant cette dichotomie, les rédacteurs de la Convention ont adopté une solution de compromis entre ces deux systèmes. Ainsi, la CVIM prévoit la résolution, mais elle y met certains obstacles.

Si on prend l'exemple de l'exécution en nature, la Convention évite un certain automatisme dans son application. Selon l'article 28, l'exécution en nature peut avoir lieu seulement en application de la Loi du for, dans le cas où cette dernière l'autorise⁵. Les articles 46 et 62 autorisent la victime à invoquer l'exécution en nature seulement dans le cas où l'autre partie n'a pas utilisé d'autres instruments incompatibles avec cette sanction. Il y a, ainsi, résolution seulement en cas de contravention essentielle (art. 49.1.a et art. 64.1.a) ou après la concession d'un délai supplémentaire quand la livraison des marchandises n'a pas eu lieu (art. 49.1.b) ou dans les cas de non-réception des marchandises ou de non-paiement du prix (art. 64.1.b). Cependant, quand il y a absence complète d'exécution du contrat, la CVIM est moins scrupuleuse pour en admettre la résolution.

³ B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, coll. « Droit des affaires », Paris, LGDJ, p. 119.

⁴ V. *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. ROUHETTE, coll. « Droit comparé et européen », vol. 2, Paris, Société de législation comparée, p. 35.

⁵ « Art. 28 : Si, conformément aux dispositions de la présente Convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables non régis par la présente Convention ».

De cette façon, la Convention offre aux parties des moyens pour éviter la fin du lien contractuel. Ces moyens sont : la concession d'un délai supplémentaire pour l'exécution, l'exécution en nature, la réduction du prix, la suspension du contrat et, finalement, la révision du contrat par le moyen d'une clause de *Hardship*. Parmi ces cinq moyens, les quatre premiers sont expressément prévus par le texte conventionnel. Le cinquième est le fruit d'une interprétation faite par une partie de la doctrine et par une jurisprudence récente.

I. LES MOYENS EXPRESSEMENT PRÉVUS PAR LA CONVENTION

Les rédacteurs de la Convention ont voulu encourager le maintien du contrat par des règles expresses, offertes soit au vendeur, soit à l'acheteur.

A. – *Le Nachfrist*

Le premier des moyens offerts par la Convention, la concession d'un délai supplémentaire pour exécuter le contrat, a sa source dans le droit allemand ; il correspond à la règle du *Nachfrist*. Les articles 47 et 63 de la CVIM, à propos des obligations du vendeur et de l'acheteur, prévoient qu'une partie peut accorder un délai supplémentaire à l'autre pour l'exécution de ses obligations⁶.

Ce délai, qui est en droit allemand une condition pour la résolution (BGB § 323, 281), est seulement une faculté dans le texte conventionnel⁷. La CVIM laisse le créancier libre de l'utiliser ou non. Ainsi, une des parties « peut impartir ... un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations ». Ce délai supplémentaire, du moment qu'il est concédé, a des conséquences pour qui l'a accordé : « avant l'expiration » du délai supplémentaire, la partie ne peut « se prévaloir d'aucun » autre moyen dont elle « dispose en cas de contravention »⁸. Pour la partie qui a concédé le délai, il reste le droit de demander des dommages-intérêts pour retard dans l'exécution.

⁶ P. S. CAMPOS SOARES, *A concessão de prazo suplementar pelo comprador para cumprimento de obrigações do vendedor na perspectiva da CISG*, in I. SCHWENZER, C. A. GUIMARÃES PEREIRA, L. TRIPODI, (dir.), *A CISG e o Brasil*, Éd. Marcial Pons, 2015, p. 325.

⁷ *Oberlandesgericht Koblenz*, 21/11/2007, n° 1U 486/07, in <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1380&step=FullText>

⁸ Les articles 47 et 63 prévoient, pourtant, une exception à cette règle : la partie qui a accordé un délai peut mettre fin au contrat si elle a reçu une notification l'informant que l'autre partie n'exécutera pas ses obligations dans le délai imparti.

Le droit brésilien ne dispose pas de règles semblables au *Nachfrist*. Si le créancier veut concéder, à son gré, un nouveau délai d'exécution au débiteur, il est libre de le faire. Dans certains cas, la doctrine et la jurisprudence considèrent que ce nouveau délai peut constituer une novation⁹. Dans ce cas, la prescription ou le calcul des intérêts commencent à courir à partir de la nouvelle date convenue. Les principes du droit latino-américain du contrat sont également silencieux sur la possibilité de concession d'un délai pour l'exécution.

La mise en œuvre constante de la CVIM dans les pays d'Amérique latine pourra encourager une modification des règles dans ce domaine, notamment du droit brésilien. Pourtant, le juge latino-américain qui applique la Convention n'aura pas de difficultés à le faire, étant donné que la concession d'un délai supplémentaire pour l'exécution du contrat est possible par accord entre les parties¹⁰.

B. – L'exécution en nature

Pour tenter d'assurer l'exécution du contrat, la Convention garantit que, soit le vendeur, soit l'acheteur peut exiger de l'autre l'exécution de ses obligations (art. 46 et 62)¹¹, à moins que la partie « ne se soit prévalué d'un moyen incompatible avec cette exigence » (art. 46.1 et 62.1). Ces articles prévoient en outre, pour limiter les situations où le contrat pourrait être dissous, que la résolution soit possible seulement s'il y a eu contravention essentielle au contrat (art. 25). Seulement si la contravention est essentielle, le créancier pourra rompre le lien contractuel. Dans les autres cas, à savoir ceux où la contravention n'est pas essentielle, la Convention prévoit deux moyens pour que le contrat soit préservé :

- si les marchandises présentent des défauts ou sont détériorées, il y a possibilité de les réparer (art. 46.3), pourvu que la réparation exigible ne soit pas déraisonnable compte tenu des circonstances ;

ou

- dans les cas de livraison anticipée ou de livraison à date correcte mais faite de façon défectueuse (art. 48.1), il y a possibilité de remplacer les marchandises.

L'exécution en nature, appelé « *cumplimiento específico* » dans les pays de langue espagnole ou « *execução específica* » au Brésil, fait partie du

⁹ TJ-MG, Ap. civ. 10024110112265001, 13/12/2013.

¹⁰ La façon dont le *Nachfrist* est présenté dans la Convention de Vienne est plus adaptée aux droits de l'Amérique Latine que celle du droit allemand, en raison de son caractère facultatif.

¹¹ F. KUYVEN, Fr. PIGNATTA, *Comentários à Convenção de Viena – Compra e Venda Internacional de Mercadorias*, Éd. Saraiva, 2015, p. 405.

cadre juridique des pays latino-américains. Au Brésil, c'est dans le Code de procédure civile que nous trouvons la possibilité pour le juge d'ordonner au créancier d'exécuter son obligation¹². En ce qui concerne l'obligation de remplacement ou l'obligation de réparation des marchandises, le Code civil brésilien ne contient aucune règle dans ce sens. Ces obligations sont prévues seulement pour un contrat avec un consommateur, auquel le Code de la consommation s'applique¹³. Les principes du droit latino-américain du contrat sont plus proches de la Convention, étant donné qu'ils contiennent des énoncés sur la possibilité pour le créancier de demander l'exécution en nature, mais également la possibilité de réclamer la réparation des marchandises ou leur substitution¹⁴.

L'idée de l'exécution en nature et sa condition de sanction naturelle de toute inexécution est connue des droits latino-américains. L'application de la CVIM dans ce domaine ne pose pas de difficultés.

C. – La réduction du prix

Dans une relation commerciale il est des situations où le vendeur exécute ses obligations de façon imparfaite, mais où il est encore possible de sauver le contrat. Dans ces situations, la CVIM ouvre, entre autres, la possibilité à l'acheteur de réduire le prix. La réduction du prix d'achat peut être une solution intéressante pour les deux parties : l'acheteur paiera moins, et le vendeur écoulera ses marchandises, diminuant ainsi ses préjudices.

¹² Art. 815 et s. du Nouveau Code de procédure civile qui est entrée en vigueur au Brésil le 17 mars 2016.

¹³ Art. 18.1.I et 19.I, 19.II, 19.III et 19.IV du « Código de Defesa do Consumidor ».

¹⁴ – « Cumplimiento específico –

El cumplimiento específico procede siempre en las obligaciones dinerarias.

Tratándose de obligaciones no dinerarias, el cumplimiento específico se sujeta a las limitaciones siguientes:

1. No procede cuando el cumplimiento sea imposible. Sin embargo, el acreedor puede exigir al deudor la cesión de las acciones y derechos que tuviere contra terceros.

2. Aun siendo posible el cumplimiento específico, éste no procede cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela.

3. No procede tampoco cuando se trate de una obligación inherente a la persona ».

– « Reparación y sustitución en los cumplimientos imperfectos –

Tratándose de cumplimientos imperfectos, el cumplimiento específico comprende, con las mismas limitaciones del artículo anterior, la reparación o la corrección de la falta de conformidad o la sustitución.

La sustitución requiere siempre el incumplimiento esencial ».

(A. M. MORALES MORENO, art. cit., p. 250).

La Convention prévoit deux situations où l'acheteur pourra faire réduire le prix : en cas de non-conformité des marchandises ou si la livraison est partielle.

L'article 50 traite de la possibilité de réduire le prix en cas de défaut de conformité des marchandises. Une fois le défaut constaté, si l'acheteur préfère utiliser les marchandises défectueuses au lieu de les rendre au vendeur, il peut faire réduire le prix. Cependant, la Convention prévoit une limite à cette règle dans deux situations précises : « si le vendeur répare tout manquement à ses obligations » ou « si l'acheteur refuse d'accepter l'exécution par le vendeur ». Dans ces situations il est logique d'interdire à l'acheteur de réduire le prix, soit parce que le contrat a été, tout de même, exécuté avec l'intervention ultérieure du vendeur, soit parce que l'acheteur lui-même, en refusant d'accepter l'exécution, n'est pas autorisé à se prévaloir de son refus pour bénéficier d'un avantage de prix.

En cas de livraison partielle, la CVIM prévoit, dans son article 51, que l'acheteur peut utiliser des mécanismes prévus aux articles 46 à 50. Ainsi, si les marchandises livrées sont en quantité insuffisante ou si une partie seulement des marchandises est conforme au contrat, l'acheteur peut demander au vendeur, pour ce qui concerne la partie manquante ou non conforme, l'exécution de ses obligations (art. 46.1), la livraison de marchandises de remplacement (art. 46.2), ou la réparation des marchandises (art. 46.3) ; il peut également impartir au vendeur un délai supplémentaire pour que ce dernier exécute ses obligations (art. 47), faire lui-même réparer à ses frais les défauts des marchandises (art. 48) ou, enfin, faire réduire le prix (art. 50)¹⁵.

Le droit brésilien prévoit la possibilité de la réduction du prix lors de la constatation des vices cachés et dans l'hypothèse de détérioration de la chose vendue¹⁶. Le Code de la consommation prévoit également la possibilité pour l'acheteur de demander la réduction du prix¹⁷. Les principes du droit latino-américain du contrat suivent la politique de la Convention, à savoir que, devant un cas d'exécution imparfaite, le créancier peut demander la réduction du prix¹⁸.

¹⁵ Pour utiliser ces mécanismes dont l'objet est d'éviter la résolution du contrat, not. la réduction du prix, il faut que l'acheteur justifie sa demande et la notifie à l'autre partie.

¹⁶ I. de AGUILAR VIEIRA, *L'applicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil*, PUS, 2010, p. 368. Code civil : « Art. 235 – Si la chose est détériorée, et s'il n'y a pas faute du débiteur, le créancier pourra résoudre l'obligation, ou accepter la chose, pour le prix diminué de la valeur qu'elle a perdu ».

¹⁷ Art. 18.1.III et 19.1.

¹⁸ « – Reducción del precio –

El caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor puede aceptarlo y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación ejecutada tenía el tiempo en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento, si hubiere existido cumplimiento.

L'application, par les juges latino-américains, de la réduction du prix dans le cadre de la Convention ne pose pas de problème majeur. Cependant, en ce qui concerne le droit brésilien, il faut noter que dans un contrat où le droit national a vocation à s'appliquer, les juges appliquent la réduction du prix en cas de vices cachés et non dans les autres cas d'exécution imparfaite. Au moment d'appliquer la CVIM, le juge brésilien devra être attentif à cette particularité de la Convention.

D. – *La suspension du contrat*

Enfin, le dernier moyen prévu expressément par la Convention est celui de l'article 71, à savoir que, devant certaines difficultés dans l'exécution du contrat, une des parties peut suspendre son exécution. Ainsi, lorsqu'il apparaît qu'une partie « n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations », l'autre partie peut « différer l'exécution de ses obligations ». La possibilité d'une suspension d'exécution du contrat incite les parties à se mettre d'accord sur le ou les questions qui posent difficultés. Elle est également un moyen de montrer au débiteur que, dans les cas où le dysfonctionnement de l'exécution n'est pas corrigé, la résolution du contrat sera la prochaine mesure utilisée.

Cependant, cette possibilité peut être utilisée seulement dans deux situations : dans le cas d'insuffisance grave dans la capacité d'exécution ou dans la solvabilité d'une des parties, ou encore dans le cas d'une exécution insuffisante. L'insolvabilité et l'insuffisance dans la capacité d'exécution doivent être démontrées par l'autre partie. En ce qui concerne la capacité d'exécution, les exemples sont multiples : retards répétés du vendeur, non-maîtrise des techniques nécessaires, facteurs étrangers à la volonté du vendeur¹⁹, etc. Sur l'exécution insuffisante, elle peut être constatée dans diverses situations : dans le cas d'inaction du vendeur à indiquer clairement les marchandises expédiées, quand une des parties ne conclut aucun contrat pour la livraison des marchandises et des documents, quand il y a inaction de l'acheteur à indiquer les marchandises reçues et, également, quand l'acheteur ne prend pas les mesures nécessaires pour exécuter le paiement.

Si les marchandises ont été déjà expédiées et que les conditions qui permettent la suspension du contrat ont été vérifiées, le vendeur peut s'opposer à ce que les marchandises soient remises à l'acheteur, « même si

La reducción del precio es incompatible con la indemnización del menor valor de la prestación.

En todo caso, el acreedor puede demandar la indemnización de cualquier otro daño», (A. M. MORALES MORENO, art. cit., p. 251).

¹⁹ I. de AGUILAR VIEIRA, *op. cit.*, p. 368.

celui-ci détient un document permettant de les obtenir ». La partie qui a l'intention de différer l'exécution du contrat doit notifier immédiatement son intention à l'autre partie. En revanche, « si l'autre partie donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations », il n'est plus possible de suspendre le contrat.

Le droit brésilien admet la règle *exceptio non adimpleti contractus*. Si après la conclusion du contrat, son exécution par une des parties est sérieusement douteuse, l'autre partie peut refuser d'exécuter ses obligations jusqu'à ce que la partie défaillante accomplisse les siennes ou lui donne des garanties de le faire²⁰. Le droit latino-américain applique également cette règle, d'une façon très proche de celle du droit brésilien²¹. Ainsi, la possibilité de suspendre le contrat comme le prévoit la Convention de Vienne ne s'éloigne pas des droits nationaux de l'Amérique Latine, ce qui facilite la tâche des juges devant un contrat international.

II. LA POSSIBILITÉ DE LA RÉVISION DU CONTRAT : LE *HARDSHIP*

Pour la doctrine spécialisée dans l'application de la Convention et pour certaines décisions jurisprudentielles récentes, il existe également une autre possibilité de maintenir la vie du contrat : c'est la révision du contrat par les parties. Cette révision peut être justifiée soit par l'inclusion d'une clause de *Hardship*, soit par une interprétation extensive de la CVIM.

Le texte de la Convention ne prévoit pas expressément de mécanismes d'adaptation du contrat en pareils cas. L'article 79 prévoit seulement les cas d'exonération de responsabilité, ce qui n'est pas en soi un instrument de préservation du contrat. Pourtant, il convient de noter que les conditions d'application de l'exonération de responsabilité sont presque les mêmes que celles pour la révision du contrat. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur l'exonération de responsabilité : certaines fois pour

²⁰ Code civil : « Art. 477 – Si, après la conclusion d'un contrat, une des parties subit une diminution considérable de son patrimoine, capable de compromettre la prestation, ou de la rendre douteuse, l'autre partie peut refuser d'accomplir sa prestation, jusqu'à ce que la partie dont le patrimoine est diminué accomplisse sa prestation ou jusqu'à ce qu'elle présente des garanties ».

²¹ Dans les principes du droit latino-américain du contrat, il est prévu l'article suivant :

« – *Excepción de contrato no cumplido* –

Cada parte puede negarse a ejecutar su prestación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para el cumplimiento.

Asimismo, puede negarse cuando, antes de la fecha de cumplimiento, aparece claramente que la otra parte no cumplirá la prestación recíproca.

La suspensión no procede cuando el incumplimiento de la otra parte sea mínimo »
(A. M. MORALES MORENO, art. cit., p. 252).

l'application de l'article 79 et l'exonération conséquente de responsabilité²², les autres fois pour l'inapplication de l'article 79 dans des cas d'espèce²³.

Cependant, quand l'exécution des obligations se révèle particulièrement difficile parce que nuisible à l'une des parties en raison d'événements imprévisibles conduisant à un changement substantiel des conditions d'exécution du contrat, la révision ou l'adaptation de ce dernier peut présenter la dernière chance de maintenir le lien contractuel. Pour ce faire, les parties peuvent prévoir d'inclure une clause de *Hardship* les obligeant soit à se rapprocher pour examiner l'éventualité de modifier le contenu de certaines clauses contractuelles préétablies, soit à préciser la révision du prix d'un commun accord, soit à mentionner l'objet de l'adaptation du contrat de façon plus ouverte, soit à désigner un arbitre ou un médiateur pour trancher ou recommander une solution au déséquilibre constaté. L'inclusion d'une telle clause n'est pas interdite par la Convention en raison de son article 6, et la jurisprudence l'admet sur la base de la liberté contractuelle²⁴.

La problématique peut se compliquer dans le cas où aucune clause de *Harship* est incluse dans le contrat. Aussi, dans certaines conditions spécifiques qui justifieraient le retour à un certain équilibre dans les prestations des parties, le juge peut-il faire une interprétation extensive de la CVIM²⁵ et obliger les parties à adapter le contrat ?

C'est exactement cette question qui a été posée aux juges de la Cour de cassation belge en 2009. Une entreprise hollandaise avait acheté à une entreprise française des tubes en acier qui devaient être livrés en Belgique. Après la conclusion d'une série de contrats, le prix de l'acier avait augmenté de 70% en raison d'une énorme demande de la Chine. Les contrats ne prévoyant aucune adaptation du prix, l'acheteur refusait toute négociation sur ce sujet.

Le Tribunal de commerce de Tongeren²⁶ a déclaré que l'article 79 était seulement applicable dans les cas de force majeure. La théorie de l'imprévision n'était pas prévue par la CVIM. Comme les parties n'avaient pas prévu d'instruments pour l'adaptation du contrat, le Tribunal a considéré qu'elles devaient en supporter les conséquences. Après appel du vendeur, la

²² US Federal District Court, New-York, 20/08/2008, www.unilex.info.

²³ OLG Munich, 05/03/2008, <http://globalsaleslaw.org>, case 1686 ; US Court of appeals, 26/05/2009, www.unilex.info.

²⁴ CA Colmar, 12/06/2001 et C. cass., 30/06/2004, www.cisg.fr ; Tribunal de Monza, 14/01/1993, www.unilex.info : jurisprudence « *a contrario* ».

²⁵ C. cass. Belgique, 19/06/2009, www.unilex.info, *RDC* belge, 2009, p. 988 ; C. WITZ, *D.*, 2010, p. 921 ; D. PHILIPPE, *Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale*, http://www.philippelaw.eu/UploadDirectory/UserFiles/files/rdcavril_2011.pdf ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », *RDC*, 2010, p. 1405.

²⁶ 25/01/2005, *D.*, 2007, Pan. 530.

Cour d'appel d'Anvers²⁷ a reformé la décision de première instance, en arguant que la Convention présentait une lacune qui, en l'absence d'un principe général, devait être remplie par le droit national applicable (art. 7.2). Selon la Cour, le droit applicable était le droit français lequel prévoit, sous l'auspice du principe de la bonne foi, l'obligation de renégocier les contrats déséquilibrés en cas de changement imprévisible des circonstances économiques. Bien que l'interprétation du droit français faite par la juridiction belge n'ait pas convaincu la doctrine française, il faut souligner la volonté des juges d'inciter les parties à se mettre d'accord sur une révision du contrat.

À son tour, la Cour de cassation Belge, après pourvoi de l'acheteur, a confirmé la décision de la Cour d'appel, mais sur une autre base juridique : au lieu de se référer au droit national, elle s'est appuyée sur l'article 7.2 de la CVIM. Selon la Cour, pour combler les lacunes de la Convention il est nécessaire de se rapporter aux principes généraux du commerce international. Selon ces principes, repris dans les principes UNIDROIT²⁸, une partie peut, dans des circonstances nouvelles qui déséquilibrent de façon significative l'économie du contrat, demander la renégociation de celui-ci. Un changement de circonstances, non raisonnablement prévisibles au moment de la conclusion du contrat, mais de nature à augmenter de façon disproportionnée le poids de son exécution, peut constituer, en fonction des circonstances, un empêchement à l'exécution.

L'application du *Hardship* dans un contrat régi par la Convention de Vienne, par le biais des principes UNIDROIT, suscite une vive discussion

²⁷ 15/02/2007, pas disponible en ligne.

²⁸ « Article 6.2.1 (Respect du contrat) : Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au *hardship*.

Article 6.2.2 (Définition) : Il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;

b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et

d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée.

Article 6.2.3 (Effets) : 1) En cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.

2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.

4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de *hardship* peut, s'il l'estime raisonnable : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

doctrinale. Certains soutiennent que sur cette question il n'y a pas de lacune dans la CVIM ; les rédacteurs de la Convention n'avaient pas voulu adopter le mécanisme du *Hardship* mais consacrer, au contraire, le principe du « *pacta sunt servanda* »²⁹. De plus, au moment de l'entrée en vigueur de la Convention, les principes UNIDROIT n'existaient pas³⁰, ce qui rendait difficile l'approche selon laquelle les principes UNIDROIT pouvaient combler les lacunes de la CVIM. D'autres auteurs soulignent au contraire que dans une relation contractuelle devenue nuisible pour une des parties, il ne faut pas attendre la ruine de cette dernière à cause d'un cas fortuit ou d'un changement de circonstances imprévisibles³¹. Ils soutiennent, également, que les principes UNIDROIT matérialisent des principes déjà existants dans le commerce international³².

Les critiques portées à cette décision sont compréhensibles dans la mesure où elles montrent la crainte d'une ouverture trop large dans l'application de principes généraux qui peuvent dénaturer la lettre de la Convention. Cependant, il faut préciser que l'application de ces principes est limitée à des situations très particulières et que, dans le cas d'espèce, inviter les parties à discuter et à trouver un nouvel équilibre du contrat peut être une solution avantageuse aux deux parties. Bien évidemment, l'application des principes UNIDROIT ne peut pas amener le juge à exonérer le débiteur de sa responsabilité, en application de l'article 79, mais seulement à rechercher une solution au problème. Mais l'application des principes UNIDROIT par le biais de l'article 7.2 de la CVIM comme moyen de combler les lacunes, peut poser des difficultés. Il serait peut-être préférable de les appliquer en tant qu'usage commercial, au sens de l'article 9.2 de la Convention³³. De toute façon, cette jurisprudence peut être annonciatrice d'un changement vers une interprétation qui adopte le *Hardship* dans le cadre de la CVIM³⁴. Si tel est le cas, le juge devra s'assurer que toutes les conditions sont

²⁹ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 174 ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, coll. « Traité des contrats », Paris, LGDJ, p. 425 ; D. TALLON, in C. M. BIANCA, M. J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Éd. Giuffrè, 1987, p. 591.

³⁰ Publiés à l'origine en 1994, ils ont été revus et modifiés en 2004 et 2010.

³¹ C. WITZ, *D.*, 2010, p. 921 ; I. SCHWENZER, in SCHLECHTRIEM et SCHWENZER, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Éd. Oxford, 2010, p. 1076 ; A. GARRO, *Opinion 7*, www.cisgac.com.

³² Sur l'application des principes UNIDROIT subsidiairement à la CVIM, v. L. GAMA Jr, « *A sinergia entre a Convenção de Viena e os princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais* », in L. G. MEIRA MOSER, Fr. A. PIGNATTA, *Comentários à Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias - Visão geral e aspectos pontuais*, Éd. Atlas, 2015.

³³ P. SCHLECHTRIEM, Cl. WITZ, *Contrats de vente internationale de marchandises. Convention de Vienne*, Dalloz, p. 255.

³⁴ M. de ALMEIDA PRADO, *Le hardship dans le droit du commerce international*, coll. « FEDUCI », Bruxelles et Paris, Bruylant et Forum Européen de la Communication, 2003.

présentes pour proposer la renégociation du contrat, à savoir : qu'un changement de circonstances est avéré, qu'il n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat et qu'il a causé à une partie une augmentation disproportionnée du poids de l'exécution du contrat.

Cependant, pour vérifier s'il y a eu une augmentation disproportionnée du prix, la doctrine autorisée soutient qu'il faut éviter les calculs de pourcentages : « une augmentation de X % doit être considérée comme proportionnelle, mais une augmentation de Z % ne l'est pas »³⁵. Il est vrai que l'ancienne édition des principes UNIDROIT, celle de 2004, contenait un paramètre (de 50 %) pour mesurer si l'augmentation du prix pouvait être regardée comme disproportionnée ou non. Mais cette pratique a été considérée non appropriée, étant donné que chaque cas est différent et dépend des circonstances spécifiques qui ne doivent pas être généralisées³⁶.

À l'égard du droit brésilien, il prend en considération des situations où le contrat pourra être résolu³⁷, notamment dans le cas d'obligations qui deviennent excessivement onéreuses pour une des parties, dès qu'elles sont le fruit de faits imprévisibles. Cette dernière condition n'est pas exigée dans les contrats de consommation³⁸. Le Code civil brésilien prévoit que la résolution pourra être évitée « si le défendeur offre de modifier équitablement les conditions du contrat » (art. 479), ou, dans des contrats où les obligations ne pèsent que sur l'une des parties, que cette dernière « pourra demander que sa prestation soit réduite, ou que la forme de son exécution soit modifiée » (art. 480).

Les principes du droit latino-américain admettent également la révision du contrat dans certaines conditions. Ainsi, une partie peut demander l'adaptation du contrat dans le cas d'un avantage excessif contraire à la bonne foi. Pour mesurer si un avantage est ou non excessif, ces mêmes principes précisent qu'il faut prendre en compte plusieurs facteurs : la dépendance du débiteur, ses difficultés économiques, l'urgence de ses nécessités, son ignorance ou son manque d'expérience, compte tenu de la relation de confiance qui existe entre les parties, ainsi que la nature et la finalité du contrat. Dans ces cas, à la demande du débiteur, le juge pourra adapter le contrat afin de l'ajuster à l'accord initial des parties, conformément au principe de bonne foi³⁹.

³⁵ C. WITZ, *D.*, 2010, p. 921.

³⁶ Le Tribunal Régional Supérieur de Hambourg (28/02/1997) a considéré qu'une augmentation du triple de la valeur de la marchandise ne constituait pas un sacrifice insurmontable.

³⁷ Art. 478 à 480 du Code civil brésilien.

³⁸ STJ. REsp 472.594/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, 12/02/2003, DJ 04/08/2003, p. 217.

³⁹ A. M. MORALES MORENO, *art. cit.*, p. 245.

La question la plus épineuse dans la mise en œuvre du *Hardship* est la possibilité pour le juge de se substituer à la volonté des parties au cas où elles n'auraient pas abouti à un accord. Nous venons de voir que les principes du droit latino-américain, comme ceux du droit brésilien, prévoient cette possibilité dans un contrat où les obligations sont devenues excessivement onéreuses.

Nous pensons que l'application du *Hardship* par le juge, dans les contrats régis par la Convention, doit être restreinte à inviter les parties à se rapprocher en vue d'une révision des conditions contractuelles, mais qu'il ne doit jamais se substituer à leurs volontés. De ce point de vue, les juges latino-américains doivent se montrer prudents et ne pas se laisser tenter par les dispositions de leurs droits nationaux au risque d'imposer une révision contraire à la volonté d'au moins une des parties.

CONCLUSION

En guise de conclusion, il est important de remarquer que les règles de la Convention sur les moyens de sauver le contrat sont plutôt des consignes aux parties pour qu'elles agissent en vue de préserver le contrat. La jurisprudence précise l'une ou l'autre de ces consignes mais, en pratique, un grand nombre des moyens prévus par la CVIM est déjà utilisé par les parties avant même d'arriver devant les tribunaux. Ce constat prouve que la « pédagogie conventionnelle » porte ses fruits.

En ce qui concerne le *Hardship*, nous voudrions mentionner une donnée intéressante sur sa pratique au Brésil, et qui pourrait être le symptôme de sa mise en œuvre par les juges dans le monde : les avocats brésiliens ont une tendance croissante à demander la révision du contrat en raison de faits qui la justifieraient, mais les jugements qui l'accordent sont rares et même très rares⁴⁰. Cela montre, encore une fois, que l'application du *Hardship* doit être restreinte à des cas exceptionnels et les juges sont conscients de cette portée.

⁴⁰ O. L. RODRIGUES Jr, *Revisão judicial dos contratos e seus problemas contemporâneos*, <http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/direito-civil-atual-revisao-judicial-contratos-problemas-contemporaneos>.